

Arbitragem em curso e os efeitos da falência

A decretação da falência impõe efeitos imediatos nos processos arbitrais, sendo o primeiro deles a substituição do falido, como parte, pela massa falida. Dessa forma, o administrador judicial deve ser notificado para assumir a representação da massa falida no processo, como acentuam os arts. 22, III, c¹, e 76, parágrafo único², da Lei 11.101/05 (“LRF”).

Após intimado, cabe ao administrador judicial examinar inicialmente a questão contratual com base nos arts. 117 e 118 da LRF³, e optar pela continuação ou resolução dos contratos bilaterais ou unilaterais, devendo levar em consideração se isso irá resultar (i) na redução ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou (ii) for necessária à manutenção e preservação de seus ativos.

No entanto, a convenção de arbitragem não se enquadra nos conceitos de contrato unilateral ou bilateral, mas estaria mais próxima da concepção de contrato plurilateral, com proposto por TULLIO ASCARELLI⁴.

Os contratos plurilaterais, ao contrário aos de troca, apresentam pontos de consonância com as convenções arbitrais, como (i) poder haver mais de duas partes; (ii) titularidade de direitos e obrigações por todas as partes; (iii) obrigações recíprocas; (iv) finalidade comum a todas as partes; (v) obrigações das partes é premissa para a realização da finalidade do contrato; (vi) prazo distinto ao do direito obrigacional; (vii) partes com direito do mesmo tipo; (viii) vícios no contrato não o inviabilizam totalmente; e (ix) a inexistência de uma relação sinalagmática entre as obrigações das partes.

¹ Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: (...) III – na falência: (...)c) relacionar os processos e assumir a representação judicial e extrajudicial, incluídos os processos arbitrais, da massa falida;

² Art. 76. (...) Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no **caput** deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.

³ Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.

Art. 118. O administrador judicial, mediante autorização do Comitê, poderá dar cumprimento a contrato unilateral se esse fato reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, realizando o pagamento da prestação pela qual está obrigada.

⁴ ASCARELLI, TULLIO. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 285-306. Nem todas as características dos contratos plurilaterais identificadas por ASCARELLI – que escreveu páginas de teoria geral dos contratos, mas à luz do contrato de sociedade – são claramente discerníveis nas convenções de arbitragem. Por exemplo, as observações dos autos sobre a *exceptio non adimpleti contractus* (idem, p. 308-309).

Denota-se, portanto, que a convenção de arbitragem não se enquadraria nos casos dos arts. 117 e 118, da LRF. Nesse sentido, ANTONIO DECCACHE⁵ aponta que:

[...] tratando-se a cláusula compromissária de negócio jurídico, ela não se resolve pela decretação da falência, e a regra do art. 117, da LRJF, que está direcionada para os contratos bilaterais com obrigações pendentes, não é aplicável à convenção pactuada antes do decreto de quebra, que opera efeitos de imediato desde a sua celebração; do mesmo modo, as arbitragens já iniciadas antes da falência, se versarem sobre quantia ilíquida, continuarão correndo sem qualquer suspensão até a constituição do crédito definitivo.

A inaplicabilidade dos arts. 117 e 118 à convenção arbitral foi reconhecida no Enunciado n. 75 da II Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal, como segue:

“Havendo convenção de arbitragem, caso uma das partes tenha a falência decretada: (i) eventual processo arbitral já em curso não se suspende e novo processo arbitral pode ser iniciado, aplicando-se, em ambos os casos, a regra do art. 6º, §1º, da Lei no. 11/101/2005; e (ii) o administrador judicial não pode recusar a eficácia da cláusula compromissária, dada a autonomia desta em relação ao contrato.”

Diante deste entendimento, a falência não impede o cumprimento da convenção de arbitragem e, como dito acima, o falido deverá ser substituído pela massa falida, representada pelo administrador judicial, para a continuidade de sua tramitação.

Sem prejuízo de referida substituição, deve ser analisado se a decretação da falência impacta a arbitralidade objetiva ou subjetiva de eventuais procedimentos em curso. Haverá arbitralidade se a parte for capaz e se o litígio tiver como objeto direitos patrimoniais disponíveis, conforme preceitua o art. 1º, da Lei 9.307/1996⁶.

Nesse sentido, poderia o Administrador Judicial alegar a incapacidade da massa falida para seguir no processo arbitral, ante a sua indisponibilidade patrimonial, sob o fundamento do inciso VI, do art. 99, da LRF⁷. No entanto, referido dispositivo não implica necessariamente na suspensão do andamento dos processos arbitrais, tampouco judiciais.

Apesar da massa falida realmente não dispor, por muitas vezes, das condições necessárias para cumprir com a convenção arbitral, como entregar um ativo ou cumprir um serviço, por exemplo, isso não a torna incapaz, muito menos inválidos ou ineficazes os negócios jurídicos praticados antes da decretação da quebra⁸, sendo certo que,

⁵ DECCACHE, Antonio. Convenção de Arbitragem, recuperação judicial e falência. Revista de Direito Empresarial, São Paulo: RT, vol. 19/2016, 2016, o. 13.

⁶ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

⁷ Art. 99 (...) VI – proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do **caput** deste artigo;

⁸ VALENÇA FILHO, Clávio. Arbitragem e falência: o mito da inarbitralidade superveniente e a legitimidade da massa para o processo arbitral. Revista de Direito Empresarial, São Paulo: RT, vol. 12/2015, nov-dez 2015, p. 5. 02

comprovado o direito do liquidante, seu crédito poderá ser habilitado no processo falimentar.

Para evitar qualquer discussão quanto à essa eventual indisponibilidade de bens da massa falida que pudesse inviabilizar a convenção arbitral, o legislador introduziu na Lei 14.112/2020, o §9º., no art. 6º., da LRF⁹, que dispõe acerca da não autorização ao administrador judicial em recusar a eficácia da convenção de arbitragem quando da decretação da falência, ou seja, a quebra da empresa não impede ou suspende a continuidade do processo arbitral.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do São Paulo¹⁰ caminha no sentido de não haver óbice ao cumprimento da convenção arbitral celebrada antes da falência, envolvendo partes capazes e direitos patrimoniais disponíveis.

Não obstante, no mesmo julgado, o Tribunal rejeitou a incidência do art. 117 da LRF, enfatizando que a arbitragem já havia sido instaurada antes da quebra, ou seja, não impede o cumprimento da cláusula de arbitragem.

Outro precedente, dessa vez do Superior Tribunal de Justiça¹¹, apreciado monocraticamente pela Min. Nancy Andrighi, apontou que a participação de sociedades em liquidação extrajudicial em processos arbitrais não exige prática de atos que resultem na oneração ou alienação bens, ou seja, a arbitragem não provoca qualquer prejuízo que afete diretamente a liquidação.

Além disso, a relatora salientou que a cláusula compromissária foi avençada antes da ordem de liquidação extrajudicial, oportunidade em que a sociedade apresentava plena capacidade, não restando dúvida sobre a validade da convenção arbitral. Em continuidade o Supremo Tribunal de Justiça firmou entendimento de que “a participação do liquidante em processo arbitral não difere substancialmente da sua atuação na fase de conhecimento dos processos judiciais envolvendo a massa liquidanda”.

Como se denota da legislação, doutrina e jurisprudência, a regra geral é pela eficácia da convenção arbitral mesmo com a decretação de quebra, sendo que os processos arbitrais iniciados antes da decretação da falência não deverão ser extintos ou suspensos.

Ana Beatriz Martucci Nogueira Moroni

Daniella Piha

Cezar Augusto Ferreira Nogueira

Eduardo Alves Lima Chama

Fernanda Mayumi de Carvalho

Contato: administracaojudicial@deloitte.com | (11) 5186-1000 / (11) 5186-1623

⁹ Art. 6º. (...)§ 9º O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impedindo ou suspendendo a instauração de procedimento arbitral.

¹⁰ TJSP, AI 9044554-23.2007.8.26.0000 C.E.F.R.J., rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Caldas, j. 25.06.2008.

¹¹ STJ, MC 14.295-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 9.6.2008.